Das Recht am öffentlichen Wasser nach altem und neuem bayerischen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Gatterbauer

aus Passau.

ACAD. LUDOVIC. BAT. BIBL.

Approbiert am 22. Juni 1909.

Erlangen.

K. B. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn.

1909.

61

Gedruckt mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät zu Erlangen.

Referent: Univ.-Prof. Dr. Rieker.

Seinem väterlichen Freund und Gönner

Otto Meixner, Kaufmann in Passau

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0089

Literaturverzeichnis

1. Becher, Rayr. Landeszivilrecht und Landeszivilprozeßrecht. 1896.
2. Blätter für administrative Praxis.
3. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1889.
4. Biermann, Die öffentlichen Sachen. Gießener Programm 1905/06.
5. Brenner, Kommentar zum Wassergesetz.
6. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.
7. Crome, System des deutschen bürg. Rechts. 1900.
8. Dernburg, Das bürg. Recht des deutschen Reichs und Preußens. 1899.
9. Dittmann, Zivilistische Bemerkungen zum Bayr. Wassergesetz. In Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern. Jahrg. 1908.
10. Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts. 9. Aufl.
11. Enneccerus, Lehrbuch des bürg. Rechts. 2. Aufl.
12 Entscheidungen des Reichsgerichts.
13. Entscheidungen des Obersten Ger.-H. in Bayern.
14. Eymann, Kommentar zum Wassergesetz. 1908.
15 Eymann in Blätter für Rechtsanwendung. Jahrg. 1908. Nr. 11—15.
16. Gierke, Genossenschaftstheorie. 1887.
17. Gierke, Deutsches Privatrecht. 1905.
18 Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayr. Wassergesetz. 1908.
19. Jellinck, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl.
20. Ihering, Geist des römischen Rechts 5. Aufl.
21. Mayer in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaften.
22. Meisner, Nachbarrecht. 1901.
23. Obermayer in Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, Jahrg. 1907.
24. Oertmann, Bayr. Landesprivatrecht. 1. Abt. 1903.
25. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.
26. Pözl, Wassergesetz. 1. u. 2. Aufl.
27. Regelsberger, Pandekten. 1893.

28 Reger-Dyroff, Kommentar zum Verw.-Ger.-Hof.-Gesetz. 3. Aufl.
29. Reuß, Die bayr. Wassergesetze. 2. Aufl.
30. Roth-Becher, Bayr. Zivilrecht.
31. Sarwey, Das öffentliche Recht u. die Verwaltungsrechtspflege. 1880.
32. Schelhaß, Nachbarrecht. 1863.
33. Seydel, Bayr. Staatsrecht. 2. Aufl.
34. Staudinger, Kommentar zum BGB. 2. Aufl.
35. Thiele, Das Wesen des Gemeingebrauchs an den res privatae. Inaug.-Diss. 1897/98.
36. Ubbelohde in Glücks Kommentar, Buch 43 u. 44.
37. Verhandlungen des Landtages über den Entwurf eines Wassergesetzes und Fischereigesetzes für das Kgr. Bayern.
38. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl.

Inhaltsangabe.

Seite.

A. Begriffsbestimmung des öffentlichen Wassers 10
B. Berechtigungen am öffentlichen Wasser 16
I. Rechte des Staates 16
1. Rechtliche Konstruktion der staatlichen Herrschaft über die öffentlichen Gewässer 16
2. Veränderungen in Bezug auf den räumlichen Umfang 22
II. Rechte Dritter 25
1 Gemeingebrauch 25
a) Rechtliches 25
α) Rechtliche Konstruktion des Gemeingebrauchs im allgemeinen 25
β) Rechtl. Konstruktion des Gemeingebrauchs am öffentlichen Wasser nach altem bayr. Recht 29
γ) Rechtl. Konstruktion des Gemeingebrauchs am öffentlichen Wasser nach neuem bayr. Recht 30
b) Die verschiedenen Arten der Ausübung des Gemeingebrauchs 34
2. Die übrigen Wasserbenützungsrechte mit Ausnahme der Fischereiberechtigung 37
a) Im Allgemeinen 37
α) Rechtliches 37
β) Die verschiedenen Arten der Wasserbenützung im allgemeinen 42
b) Insbesonders die Immissionen 43

Seite.

3. Die Fischereiberechtigung 48
a) Allgemeines 48
b) Regelung durch das Fischereigesetz . . . 49
α) Rechtliches 49
β) Beschränkung der Fischereirechte . . . 51
γ) Vereinigungen für Zwecke der Fischerei . 54
δ) Schutz der Fischerei gegen Schädigung . 54
ε) Anderweitige fischereirechtl. Bestimmungen 55
c) Nach Wassergesetz 56

Um die Mitte des vorigen Jahrhunderts machte sich in Bayern bei der großen Zersplitterung auf rechtlichem Gebiete der Mangel einer einheitlichen wasserrechtlichen Kodifikation fühlbar. Waren doch für die einzelnen Landesteile des Königreichs die verschiedensten Rechtsordnungen maßgebend. So galt, um nur die wichtigsten zu nennen, je nach der Verschiedenheit der Territorien das gemeine Recht, das bayerische und preußische Landrecht, das Würzburger, Bamberger und das französische Recht. Zudem enthielten die erwähnten Rechte, mit Ausnahme des französischen, nur dürftige und unklare Bestimmungen in bezug auf das Wasserrecht. Dieser unerfreuliche Zustand veranlaßte die K. Staatsregierung auf Anregung des Landtags hin zur Vorlage von drei Gesetzentwürfen, die am 28. Mai 1852 als Gesetze publiziert wurden. Sie werden gewöhnlich zitiert als Wasserbenützungsgesetz, Bewässerungs- und Entwässerungsgesetz und Uferschutzgesetz. Diese drei Gesetze bedeuteten für die damaligen Verhältnisse einen großen Fortschritt auf dem Gebiet der Wassergesetzgebung. Bei dem großen Aufschwung jedoch, dessen sich unser wirtschaftliches Leben in den letzten Dezenien zu erfreuen hatte, zeigten sich die für wesentlich einfachere Verhältnisse berechneten Gesetze als nicht mehr ausreichend. Zudem eröffneten sich in jüngster Zeit ganz ungeahnte Perspektiven für die

Ausnützung der Wasserkräfte zu Zwecken der Industrie und des Verkehrs. All das drängte zu einer Abänderung der Wassergesetze vom Jahre 1852. Den unmittelbaren Anstoß dazu gab die Hochwasserkatastrophe vom September 1899, wobei sich die Unzulänglichkeit der Bestimmungen über Uferschutz herausstellte. Einer Anregung des Landtags folgend brachte die Regierung einen Entwurf eines Wassergesetzes zur Vorlage, wobei die Teilung der Materie in drei Gesetze nicht mehr beibehalten wurde. Nach Vornahme einiger Änderungen erfolgte am 23. März 1907 seine Publikation als „Wassergesetz für das Königreich Bayern". Die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für die Materie des Wasserrechts, ergibt sich Art. 65 EG. zum BGG.

Es soll nun im folgenden versucht werden eine Darstellung des Rechts am öffentlichen Wasser zu geben unter vergleichender Gegenüberstellung der Bestimmungen der Wassergesetze von 1852 und des neuen Wassergesetzes.

A. Begriffsbestimmung des öffentlichen Wassers.

Vor allem ist die Frage zu erörtern: Was versteht man unter „öffentlichem Wasser"?

Das Wasserbenützungsgesetz rechnet einer deutschrechtlicheu Auffassung folgend und in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht zu den öffentlichen Gewässern vor allem die Flüsse, welche und soweit sie zur Schifffahrt oder zur Floßfahrt mit gebundenen Flößen dienen (WBG. Art. 2). Damit ein Fluß zur Schiffahrt diene ist es nicht genug, daß derselbe, wenn

auch ständig, zur Überfahrt von einen Ufer zum andern benützt wird. Es wird vielmehr erfordert, daß die Beförderung von Personen und Gütern sich auf eine größere Strecke der Längsachse des Flusses nach sich erstrecke. (Reuß, Die bayer. Wassergesetze S. 20; Meisner, Nachbarrecht S. 184; Seydel, Bayer. Staatsrecht, 2. Aufl., Band 3, S. 253, Anm. 12).

Unter Floßfahrt wird nur die Fahrt mit verbundenen Hölzern, nicht auch die Flößerei oder Trift, d. i. die Beförderung von unverbundenen Hölzern verstanden. In dieser Hinsicht steht sowohl das Wasserbenützungsgesetz als auch das Wassergesetz nicht im Einklang mit der Terminologie der Reichsgesetzgebung, die den Verkehr mit verbundenen Hölzern (Flößen) als Flößerei bezeichnet (Reichsgesetz vom 15. VI. 95 betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei).

Wie aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen ist darf bei Beurteilung der Eigenschaft eines Flusses nur auf die tatsächliche Verwendung zur Schiff- oder Floßfahrt gesehen werden, nicht auf die abstrakte Möglichkeit dazu. (Vgl. die bei Harster-Cassimir, Bayer. Wassergesetz, Anm. 4, 3 zu Art. 1 angegebene Literatur und Entscheidungen).

Soweit nicht entgegenstehende Rechte zur Zeit das Inkrafttreten des Gesetzes (Seydel a. a. O.) erworben waren, haben auch die Nebenarme der öffentlichen Flüsse öffentlichen Charakter, selbst wenn sie nicht den oben erwähnten Zwecken dienen (WBG. Art. 2 Abs. 2). Nebenarme sind solche Abzweigungen, die mit dem Hauptfluß entweder aufwärts oder abwärts oder an beiden Stellen in dauernder oberirdischer Verbindung stehen (Entsch. d. Obersten Gerichtshofes in Bayern, Band 8, S. 49; Band 10, S. 394).

Selbstverständlich fallen darunter nicht Nebenflüsse, ebenso nicht künstlich angelegte Wasserleitungen und Kanäle (Entsch. d. Obersten Gerichtshofes Band 10, S. 307).

Die Anzahl der öffentlichen Flüsse beschränkt sich nicht auf die in der Gegenwart bereits vorhandenen, es kann vielmehr jeder Privatfluß in einen öffentlichen umgewandelt werden. Diese Umwandlung kann sich ipso iure vollziehen durch die faktische Benützung zur Schiff- oder Floßfahrt (Pözl, Wassergesetz, 1. Aufl. S. 77; Oertmann, Bayer. Land. Priv. Recht § 94 II a $\alpha\gamma\gamma$, S. 399) oder durch die Einrichtung eines Flusses zu den genannten Zwecken durch die Staatsregierung oder mit ihrer Bewilligung durch dritte (WBG. Art. 3).

Der Ansicht Meisners (S. 184), daß ein Privatfluß, der durch Naturgewalt zur Schiffbarkeit erweitert worden ist, von selbst zum öffentlichen wird, dürfte nicht beizustimmen sein. Es muß vielmehr noch die tatsächliche Benützung zur Schiff- oder Floßfahrt hinzukommen.

Die Umwandlung nach WBG. Art. 3 tritt nach übereinstimmender Ansicht der Literatur (Pözl I. S. 77; Seydel 3. Band, S. 253, Anm. 22; Oertmann § 9 II a γ, S. 399; Reuß S 22) nicht schon in dem Moment ein, in dem die Einrichtung zur Schiff- oder Floßfahrt vollendet ist sondern erst, wenn er dazu benützt wird. Die Umwandlung eines Privatflusses in einen öffentlichen wird also beidesmal durch denselben Akt, nämlich die Benützung zur Schiff- oder Floßfahrt bewirkt. Es besteht nur der Unterschied, daß in dem einen Fall die Umwandlung bewußt herbeigeführt wird, in dem andern wohl immer unbewußt (Oertmann a. a. O.).

Für die durch die Umwandlung bedingte Ent-

ziehung des Flußbettes wird keine Entschädigung geleistet (WBG. Art. 6), wohl aber für Zwangsabtretung und Zwangsbelastung von Ufergrundstücken und Aufhebung oder Störung der Wasserbenützung eines Berechtigten (WBG. Art. 5).

Hat ein Fluß die Eigenschaft eines öffentlichen erlangt, so verliert er sie nicht mehr, selbst wenn er nicht mehr zur Schiff- oder Floßfahrt benützt wird oder nicht mehr dazu benützt werden kann (WBG. Art. 2 Abs. 2; Oertmann § 94 II a *α γγ*, S. 399).

Mit den öffentlichen Flüssen ist der Begriff des öffentlichen Wassers nicht erschöpft; es gehören dazu unter Umständen auch Seen und sonstige stehende Gewässer (WBG. Art. 7). Welche Seen und sonstige stehende Gewässer öffentlich sind, bemißt sich nach den bestehenden Rechtsverhältnissen (WBG. Art. 7). Einen Anhaltspunkt bietet eine altbayerische Observanz (Kreittmayr, Anm. 4n zum Bayer. LR. Teil II Kap. 1 § 5), welche besagt, daß nur „die größeren Seen, die zugleich der Kammer einverleibt und mit eigenen Seeordnungen und Seerichtern versehen sind", zu den öffentlichen zählen. Im übrigen wird zur Beurteilung der bestehenden Rechtsverhältnisse das Institut der unvordenklichen Verjährung in Betracht zu ziehen sein, das nach der herrschenden Lehre für die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Materien noch Geltung besitzt (Oertmann § 94 II b, S. 400; ebenda § 41, 1 d, S. 176; Dernburg BR. Bd. 1 § 173 V; Crome, Syst. d. deutsch. bürg. R. Bd. 1 § 119, S. 524; Staudinger, Kom. zum BGB., Vorbem. 10 vor § 194, S. 528; a. M. Endemann Lehrb. d. bürg. R. § 59, Anm. 9, S. 267).

Bestritten ist, was unter den „sonstigen stehenden Gewässern" zu verstehen sei. Pözl (1. Aufl. S. 84)

will darunter nur die Altwasser verstanden wissen, da die sonstigen Gewässer mit Rücksicht auf WBG. Art. 33 unter allen Umständen zu den Privatgewässern gehören. (Ebenso Seydel Bd. 3, S. 254.)

Meines Erachtens existiert für die in Art. 33 aufgezählten Arten von Gewässern nur eine praesumtio iuris, sed non de iure, daß sie Privatgewässer seien. Daß diese Vermutung zu widerlegen sei, dürfte sich aus dem Zusatz „soweit nicht entgegengesetzte Rechte erworben sind" ergeben. Auf diesem Standpunkt stehen auch die Motive zum WBG., die zu den sonstigen stehenden Gewässern auch die Weiher und Teiche rechnen (Pözl 1. Aufl. S. 84).

Als dritte Kategorie der öffentlichen Gewässer kommen die Kanäle in Betracht. Kanäle sind zum öffentlichen Wasser zu rechnen, wenn sie vom Staat oder, wie wohl beigefügt werden darf, von Privaten im öffentlichen Interesse errichtet sind, insoferne sie durch die Staatsregierung bezw. durch die Konzessionsurkunde dem freien Gebrauch eröffnet sind (WBG. Art. 8; Pözl 1. Aufl. S. 86).

Erforderlich für den Begriff des Kanals ist, daß sein Bett künstlich hergestellt wurde; eine wenn auch weitgehende Regulierung eines natürlichen Flußbettes genügt nicht (Meisner, Nachbarrecht S. 211).

Ein Kanal wird deswegen noch nicht zu einem öffentlichen, weil sein Wasser von einen öffentlichen Gewässer hergeleitet wird (Meisner a. a. O.; Becher, Bayer. Land. Priv. R. Bd. 1 § 186 Anm. 5, S. 1052; a. M. Roth-Becher, Bayer. Zivilrecht, Bd. II 3 § 315 III Anm. 11, S. 276).

Wird ein öffentlicher Fluß vollkommen in einen Kanal geleitet, dann ist das Gewässer als öffentlicher

Fluß zu betrachten (Entsch. d. VGH. Bd. 11, S. 265; Bd. 10, S. 283; Bd. 25, S. 122).

Kommt es zum Streit darüber, ob ein Gewässer ein öffentliches ist oder Privatrechtscharakter besitzt, so sind bei den Flüssen und Kanälen die Verwaltungsgerichte (Pözl II. Aufl. S. 53; Becher Bd. 1 S. 1048 Anm. 9; Reger-Dyroff, Kommentar zu Verw. Ger. Ges. Anm. 3 zu Art. 8, Ziff. 14), bei den Seen und sonstigen stehenden Gewässer die ordentlichen Gerichte zuständig (Art. 7 Abs. 2 WBG.). Im übrigen kann die Streitfrage ob ein Fluß oder Kanal öffentlichen Charakter an sich trägt oder nicht, als Inzidentpunkt im Zivilprozeß auftreten und vom ordentlichen Richter entschieden werden (Pözl II. Aufl. S. 53; Reuß S. 22).

An dieser Begriffsbestimmung des öffentlichen Wassers wie sie durch das Wasserbenützungsgesetz festgelegt wurde und an der Auslegung durch Theorie und Praxis hält das Wassergesetz im wesentlichen fest. Es wurden zwar in der Kammer der Abgeordneten bei Beratung des Gesetzes Vorschläge gemacht, die eine grundlegende Änderung des bestehenden Zustandes herbeiführen sollten. Die dahin zielenden Anträge fanden jedoch keinen Anklang, da zur Durchführung tiefe Eingriffe in die Privatrechtssphäre des einzelnen notwendig gewesen wären.

Außer den redaktionellen Änderungen wurde sachlich bei der Definition des Begriffes des öffentlichen Wassers insofern vom früheren Gesetz abgewichen, als nach WG. Art 1, Abs. 1 die vom Staate errichteten Kanäle als öffentlich zu erachten sind, soweit sie durch die Staatsregierung der Schiff- oder Floßfahrt eröffnet sind. Nach WBG. Art. 8 waren sie öffentlich, insoweit sie dem freien Gebrauch eröffnet

waren. Daraus folgt, daß früher Kanäle zu öffentlichen erklärt werden konnten, auch wenn sie nicht schiff- oder floßbar waren, während dies seit Inkrafttreten des Wassergesetzes nicht möglich ist (Harster-Cassimir Anm. 6, 2 zu Art. 1).

Ferner vollzog sich WBG. Art. 3 die Umwandlung eines Privatflusses in einen öffentlichen durch die Einrichtung zur Schiff- oder Floßfahrt resp. durch die tatsächliche Verwendung dazu. Nach WG. Art. 4 erfolgt die Umwandlung durch die konstitutiv wirkende Erklärung der Staatsregierung nach vorgängiger Einrichtung zur Schiff- oder Floßfahrt durch den Staat oder einen dritten.

Streitigkeiten über die rechtliche Eigenschaft eines Gewässers sind nach WG. Art. 177a Verwaltungsrechtssachen. Bestritten ist ob ein solcher Streit auch als Inzidentpunkt in einem Zivilprozeß entschieden werden kann. (Bejahend: Korreferent v. Thelemann, Verhandl. d. Kammer d. RR., Anhang zum Beil. Band Nachsession 1907, S. 276; Brenner Anm. 5 zum Art. 177; verneinend: Harster-Cassimir Anm. 3 zum Art. 177).

B. Berechtigungen am öffentlichen Wasser.

I. Rechte des Staates.

1. Rechtliche Konstruktion der staatlichen Herrschaft über die öffentlichen Gewässer.

WBG. Art. 1 spricht den Grundsatz aus, daß die öffentlichen Gewässer ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut seien. Diese Bestimmung wurde von Pözl (I. Aufl. S. 65) dahin ausgelegt, daß die

öffentlichen Gewässer, ebenso wie die Landstraßen, nur unter der Herrschaft des öffentlichen Rechtes stehen und in ihrer Substanz öffentlichen Zwecken dienen. In privatrechtlicher Beziehung jedoch seien sie herrenlos. Diese Ansicht vermag die dem Staate in mancher Hinsicht zustehenden privatrechtlichen Befugnisse nicht zu erklären, zumal Pözl auch kein Regal am Wasser anerkennt. (Vgl. Oertmann § 95 1b; S. 403.)

Mit Pözl stimmt Schelhaß (Nachbarrecht § 13 S. 42) überein.

Zweifel können entstehen über den Standpunkt, welchen Roth-Becher der rechtlichen Behandlung der öffentlichen Gewässer gegenüber einnimmt. Oertmann (§ 35 I 2a S. 138) ist der Ansicht, daß Roth-Becher unbedingter Anhänger der Regalitätstheorie sei. Dieser Ansicht dürfte nicht beizutreten sein. Zwar sagt R.-B. (Band II 3, § 269 II S. 106), daß am Bestand des Wasserregals nicht wohl gezweifelt werden könne. Es ergibt sich jedoch aus dem Zusammenhang, daß R.-B. a. a. O. nur einen Überblick über die gesetzliche Entwicklung der Regalien geben wollte. Er erwähnt, daß früher am Bestand des Berg- und Jagdregals Zweifel gehegt wurden; unbestritten sei jedoch die Existenz des Wasserregals. Daß R.-B. sich damit nicht zur Regalitätstheorie bekennen wollte, ergibt sich auch aus dem Zusammenhang mit der a. a. O. zitierten Stelle (§ 311 Anm 35 ff.). Dort handelt es sich um die Theorie der Hoheitsrechte am Wasser im gemeinem Recht, wobei R.-B. zu dem Schlusse komme, daß die Entwicklung unseres Wasserrechts auf das Wasserregal zurückzuführen sei. Daß R.-B. für das neuere bayrische Recht kein Anhänger der Regalitätstheorie

mehr ist, sondern nur die Hoheitsrechte des Staates am Wasser aus dem Regalitätsbegriff zu erklären sucht, geht zur Genüge aus § 268 I S. 101 hervor. R.-B. bemerkt hier, daß zwar die Institute des Berg-, Jagd- und Wasserrechts gegenwärtig nicht mehr unter den Begriff der Regalien im technischen Sinn zu subsumieren seien, da sie in der neueren Rechtsentwicklung eine andere Gestalt bekommen hätten; „allein, da es wenigstens für Bayern zweifellos ist", fährt R.-B. weiter, „daß sich das jetzt geltende Rechtsverhältnis dieser Institute aus der Regalität entwickelt hat, so dürfte, da ihre zusammenhängende Darstellung von überwiegend praktischem Interesse ist, die Zusammenfassung unter diesem gemeinsamen, lediglich der Vergangenheit angehörenden Gesichtspunkt als gerechtfertigt erscheinen."

Übrigens wenn auch R.-B. für das neuere bayerische Recht Anhänger der Regalitätstheorie wäre, könnte er ein Regal nur an den Privatflüssen anerkennen. R.-B. rechnet nämlich das Wasserregal zu den sogenannten grundherrschaftlichen Regalien, die als Eigentumsbeschränkungen zu konstruieren seien. Nachdem aber R.-B. den Standpunkt vertritt, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates stehen (§ 313 S. 267), kann nach der Theorie R.-B.'s nicht wohl von einem Regal an den öffentlichen Flüssen die Rede sein.

Für das WBG. wird die Regalitätstheorie in der Literatur nur mehr von Harster-Cassimir (Anm. 3 zu Art. 2, S. 18) vertreten. Oertmann (§ 95 1 b S. 403) steht der Regalitätstheorie nicht unfreundlich gegenüber. Nach Oertmann muß man, wenn man zur Regalitätstheorie hinneigt, Herrenlosigkeit des öffentlichen Wassers, eingeengt nur durch das Wasserregal

annehmen. Im übrigen ist Oertmann (a. a. O.) der Ansicht, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates stehen.

Wie aus letzterem hervorgeht besteht auch noch eine dritte und zwar von der überwiegenden Anzahl der Schriftsteller in Übereinstimmung mit der Praxis angenommene Erklärung für die Rechtsnatur der öffentlichen Gewässer. Nach dieser Ansicht stehen die öffentlichen Gewässer in ihrer Eigenschaft als Staatsgut im Privateigentum des Staates und gehören dem öffentlichen Recht nur bezüglich ihrer Zweckbestimmung an. (Seydel, Bd. 3, § 331, S. 253; Oertmann § 95 1, S. 403; Roth-Becher § 313, S 267; Meisner § 26 I, S. 184; Reuß S. 13; Becher § 185, Bd. 1, S. 1048; wohl auch Pözl II. Aufl., S. 49; Entsch. d. Obst. GH. Bd. VII, S. 55; Bd. XIII, S. 279; Entsch. d. VGH. Bd. 25, S. 136).

Obwohl die erwähnten Schriftsteller und Entscheidungen darin übereinstimmen, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates stehen, ist doch die Frage nach dem Umfang des Eigentums nicht geklärt. Ohne Zweifel erstreckt sich das Eigentum auf das Flußbett eines öffentlichen Flusses, ob auch auf die im Flußbett enthaltene Wassermasse ist bestritten. (Verneinend: Becher § 60 1, Anm. 4, S. 443; Blätter für admin. Praxis Bd. 35, S. 322; Bejahend: Roth-Becher Bd. 1, § 54 I 3, S. 330; Meisner § 32 (für die Privatflüsse); Oertmann § 95 1, S. 403; Unentschieden: Roth-Becher Bd. II 3, § 313, S. 267).

Eigentum an den einzelnen Wasserwellen wird mit Ausnahme von Roth (Bd. 1, § 54 I 3, S. 330) von der Literatur verneint. (Zweifelhaft ob auch von Meisner a. a. O.; vgl. Oertmann § 96 1 d, S. 414 und Harster-Cassimir Anm. 1, 2 zu Art. 2, S. 15).

Das von den öffentlichen Flüssen gesagte ist analog auch auf die übrigen öffentlichen Gewässer anzuwenden.

Die Streitfrage über das an den öffentlichen Gewässern bestehende Rechtsverhältnis ist durch das Wassergesetz insofern entschieden als es Art. 2 ausspricht, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates stehen. Trotzdem dauert in der Literatur der Streit darüber fort, ob sich das Eigentum auch auf die über den Grund des Gewässers befindliche Wassermasse erstrecke.

Eymann (Kommentar zum WG. 1. Bd., Abt. 1 II, S. 164 ff.) kommt zur Verneinung dieser Frage, da bei der tatsächlichen Unmöglichkeit die Beherrschung der Wassermasse am Wasser kein Besitz und folglich auch kein Eigentum möglich sei. Wenn das Gesetz trotzdem ausspreche, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates stehen, dann sei dies kein Eigentum im juristischen Sinn, sondern sinke durch die Macht der Verhältnisse gezwungen zu einem bevorzugten Aneignungs- und Gebrauchsrecht herab.

Dittmann (Zivilistische Bemerkungen zum bayer. WG. v. 1907 in Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, Jahrg. 1908, S. 5) steht ebenfalls auf dem Standpunkt, daß das Eigentum des Staates am Wasser kein Eigentum im gewöhnlichen Sinn, sondern nur ein dingliches, vorbehaltlich besonderer Beschränkungen ausschließendes Benützungsrecht sei.

Die Ansicht Eymann's und Dittmann's ist gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes kaum haltbar. Denn wenn das Gesetz ausspricht, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates stehen, soll das Recht des Staates wohl nicht auf den Grund des be-

treffenden Gewässers beschränkt sein. Es ist vielmehr mit Harster-Cassimir (Anm. 1, 5 zu Art. 2, S. 16) und Brenner (Kommentar zum WG. Anm. 2 zu Art. 2, S. 32) im Anschluß an die bereits für das alte Recht vertretene Theorie anzunehmen, daß der Grund der öffentlichen Gewässer samt der darüber befindlichen Wassermasse im Eigentum des Staates stehe. Allerdings ergibt sich dabei auch eine Schwierigkeit. Nach dieser Theorie steht die gesamte Wassermasse eines öffentlichen Gewässers im Eigentum des Staates, nicht aber die einzelnen Wasserwellen. Die gesamte Wassermasse ist aber aus den einzelnen Wellen zusammengesetzt und es sollte doch, was für die Gesamtheit gilt, auch für die einzelnen Teile gelten. Allein in anbetracht des praktischen Ergebnisses und der großen Schwierigkeiten, die der juristischen Konstruktion des im Gesetz ausgesprochenen Eigentums am Wasser entgegenstehen, wird man über diesen Punkt hinwegsehen können.

Harster-Cassimir erklärt, nachdem in der neueren Literatur der Regalitätsbegriff in den Hintergrund getreten ist, die Befugnisse des Staates am öffentlichen Wasser aus dem Regalcharakter desselben. Nach Harster-Cassimir (S. 18) steht das Wassergesetz, ausgesprochener noch als das Wasserbenützungsgesetz auf dem Boden des Wasserregals. Mag man dieser Ansicht zustimmen oder nicht, für jeden Fall hat die Zurückführung der Machtbefugnisse des Staates am öffentlichen Wasser auf das Wasserregal keine praktische Bedeutung mehr.

Von der neuen wasserrechtlichen Literatur wird allgemein die Konstruktion des Eigentums an den einzelnen Wasserwellen abgelehnt. Zweifel können nur entstehen bezüglich der Ansicht Brenner's (a. a. O.).

2. Veränderungen in bezug auf den räumlichen Umfang des staatlichen Eigentums.

Die Bestimmung der Grenze des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern mit Ausnahme der Flüsse bietet keine besonderen Schwierigkeiten, da an diesen Gewässern nur geringe natürliche Veränderungen eintreten. Anders jedoch bei den Flüssen, namentlich den rasch fließenden Gebirgsflüssen. Abgesehen davon, daß der Wasserstand je nach der Jahreszeit große Verschiedenheiten aufweist, werden auch, namentlich wenn noch keine Flußkorrektion durchgeführt ist, durch die Gewalt des Wassers nicht unbedeutende Veränderungen eintreten. Sowohl im WBG. als auch im WG. werden für alle diese Fälle und zwar ziemlich gleichlautende Bestimmungen getroffen.

Das Eigentum des Staates am öffentlichen Fluß erleidet, was den räumlichen Umfang anlangt, insoferne eine Verminderung als die entstandenen Verlandungen den Ufereigentümern zufallen (WBG. Art. 23, Abs. 1; WG. Art. 8, Abs. 1). Als Voraussetzung wird gefordert, daß das angesetzte Land mit dem bisherigen Ufer bei mittlerem Wasserstand zusammenhängt und daß sich darauf Pflanzenwuchs gebildet hat (WBG. Art. 23, Abs. 2; WG. Art. 8, Abs. 2). Solange der Ufereigentümer das durch die Verlandung erworbene Stück Landes noch nicht in regelmäßige Kultur gesetzt hat, kann es immer noch im öffentlichen Interesse auf Anordnung der Verwaltungsbehörde ohne Entschädigung beseitigt werden (WBG. Art. 24 und WG. Art. 9). Hat sich die Verlandung infolge künstlicher, zur Regulierung öffentlicher Flüsse oder zum Schutz des Ufers unternommener Anlagen gebildet,

dann wird sie Eigentum der Unternehmer (WBG. Art. 25 und WG. Art. 10). Ist der Staat der Unternehmer der Wasserbauten, dann ist die Staatsregierung ermächtigt, über die Verlandungen zum Vorteil der geschädigten Grundeigentümer zu verfügen (WBG. Art. 26 und WG. Art. 11).

Etwaige aus der Zeit vor Inkrafttreten des WBG. noch bestehende Rechte Dritter auf Verlandungen können von den Ufereigentümern gegen Entschädigung abgelöst werden (WBG. Art. 23, Abs. 4; WG. Art. 8 Abs. 3).

Eine weitere Verringerung des staatlichen Eigentums ergibt sich unter Umständen durch Landversetzungen. Wird nämlich vom Ufer eines öffentlichen Flusses durch die Gewalt des Wassers ein erkennbares Stück Land abgerissen und an irgend einen Punkt des Ufers versetzt, so erwirbt der Ufereigentümer, an dessen Grundstück sich das Stück Land angesetzt hat, daran das Eigentum, wenn nicht der bisherige Eigentümer die erforderlichen Schritte ergreift (WBG. Art. 30; WG. Art. 14). Das angeschwemmte Stück Land wird aber nur zum geringsten Teil sich an dem Ufer festsetzen, sondern es wird sich in der Hauptsache mit dem Flußbett verbinden. Mit dem Ablauf der im Gesetz (a. a. O.) angegebenen Frist erwirbt der Ufereigentümer das Eigentum nicht nur an dem angeschwemmten Stück Land, sondern auch an dem von demselben bedeckten Teil des Flußbetts.

Dieser Verringerung des staatlichen Eigentums steht die Möglichkeit einer Ausdehnung gegenüber. Vergrößert der Fluß durch allmähliche Wegspülung oder durch dauernde Überflutung von Uferland seine

Breite, so wird der neu hinzugekommene Teil des Flußbettes Eigentum des Staates. Dies ergibt sich durch argum. a fortiori aus WBG. Art. 27 und WG. Art. 12 (vgl. u. a. die Auslegung des Art. 27 bei Pözl I. Aufl. S. 141).

Auch für den Fall, daß ein öffentlicher Fluß sein Bett auf die Dauer verläßt, erlangt der Staat einen Zuwachs in seinem Eigentum, da das alte Flußbett im Eigentum des Staates verbleibt und das neue in dasselbe übergeht. Für das WBG. folgt dies aus der Interpretation des Art. 27 (Pözl I. Aufl., S. 141; Reuß S. 60; Meisner § 27 I, 1 S. 202; Oertmann § 87 II, 2 a, S. 357; a. M. für das WBG. Eymann Anm. 1 zu Art. 12, S. 239), für das WG. aus Art. 12.

Allerdings soll die Staatsregierung das verlassene Flußbett unter die durch den neuen Wasserlauf geschädigten Grundeigentümer verteilen. Ein unter der Herrschaft des alten Rechts teilweise angenommener Anspruch auf Zuteilung des verlassenen Flußbettes (Pözl II. Aufl., S. 92; Oertmann a. a. O.) besteht nach dem neuen Recht nicht mehr (WG. Art. 12 Abs. 2).

Entstehen in einem öffentlichen Flusse Inseln, so erwirbt der Staat daran das Eigentum vorbehaltlich entgegenstehenden Herkommens oder besonderer Rechtsverhältnisse (WBG. Art. 28; WG. Art. 13).

Zur Klärung der Eigentumsverhältnisse an den öffentlichen Flüssen wird der Verwaltungsbehörde die Befugnis zugesprochen, die Uferlinie gemäß dem mittleren Wasserstand festzusetzen (WBG. Art. 19 und Auslegung durch die Praxis vgl. Eymann 1 Bd., S. 205; WG. Art. 6).

Über die Wirkung der Festsetzung herrschte Streit, der auch durch das WG. nicht entschieden

wird. Während sie nach der einen Ansicht sowohl dem Zivil- als Verwaltungsrichter gegenüber bindend ist (Meisner S. 202; Harster-Cassimir Anm. 2, 2 zu Art. 6 S. 44; Eymann Anm. 3 zum Art. 6, S. 207), ist nach der andern die Beschreitung des Rechtswegs gegenüber der Festsetzung durch die Verwaltungsbehörde nicht ausgeschlossen (für das WBG. Eymann, Blätter f. RA., 73. Jahrg. Nr. 11, S. 485; für das WG. Dittmann, Zeitschr. f. RPfl. i. Bayern, Jahrg. 1908, S. 7; Erklärung des Kgl. Staatsministers d. Innern im Ausschuß der K. d. RR. II. Prot. S. 7).

Eine dritte Meinung geht für das WBG. dahin, daß zwar die Festsetzung der Uferlinie bindend sei, daß aber der durch die Verfügung angeblich Geschädigte vor den ordentlichen Gerichten Schadensersatzansprüche geltend machen könne (Pözl II. Aufl., S. 84).

II. Rechte Dritter.

1. Gemeingebrauch.

a) Rechtliches.

a) Rechtliche Konstruktion des Gemeingebrauchs im allgemeinen.

Die rechtliche Herrschaft des Staates über das öffentliche Wasser erleidet durch die jetzt allerdings nicht mehr im Gesetz ausgesprochene, aber gleichwohl durch die Eigenschaft als öffentliche Sache bedingte Bestimmung zur allgemeinen Benützung weitgehende Einschränkungen. Unter den verschiedenen Benützungsarten kommt vor allem der Gemeingebrauch in Betracht. Über die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen herrschten von jeher die größten Meinungsverschiedenheiten. In der

Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, daß der Gemeingebrauch dem öffentlichen Rechte angehöre, sei es als publizistisches Gebrauchsrecht ohne jede individualrechtliche Beimischung (Gierke, Genossensch. Theorie, S. 193; ders., Deutsches Privatrecht, Bd. 2, § 102, S. 27ff.) oder als Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit (Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht in Bindings Handbuch d. deutsch. Rechtswissenschaften § 37 I, S. 116) oder als eigenartiges Persönlichkeitsrecht, daß Jedem kraft seiner Zugehörigkeit zum Staat oder zur Gemeinde ipso iure anfällt (Thiele, Das Wesen des Gemeingebrauchs an den res privatae, unter bes. Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Servituten, nach gem. Recht. Inaug.-Dissert. S. 17). Als Persönlichkeitsrecht öffentlicher Natur erscheint der Gemeingebrauch auch bei Sarwey (Das öffentliche Recht § 32, S. 428). Endemann (Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. 2 § 5, S. 21) konstruiert den Gemeingebrauch als ein durch die Zwecke und Ordnung der Allgemeinheit begrenztes Nutzungsrecht, das aber des privatrechtlichen Klageschutzes entbehrt. Nach Enneccerus (Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. 1, § 123, III, S. 312, Anm. 14) steht das Recht des Gemeingebrauchs dem Einzelnen kraft seiner öffentlichen Rechtsstellung zu.

Ein anderer Teil der Schriftsteller rechnet den Gemeingebrauch zu den Privatrechten. Nach Dernburg (Pandekten Bd. 1 § 72, S. 168) gibt es ein Privatrecht auf den Gemeingebrauch, welches in der Persönlichkeit des Einzelnen begründet ist. Andere sehen im Gemeingebrauch ein dingliches Recht (Bekker, System des heutigen Pand. Rechts Bd. 1, § 78, Beil. I, S. 342; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, § 113 insbes.

S. 422; Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. 3, S. 363; Ubbelohde in Glücks Kommentar Buch 43 u. 44, Tl. 2, S. 535). Ebenso gibt es nach Windscheid-Kipp (Bd 2, § 467, S. 1042) privatrechtliche Ansprüche auf den Gemeingebrauch.

Das Reichsgericht (Bd. 1 S. 158; Bd. 6 S. 162) nimmt eine Doppelnatur des Gemeingebrauchsrechtes an. Das Verhältnis des Ausübers des Gemeingebrauchs zu den Verwaltungsbehörden sei ein öffentlichrechtliches und enbehre des Schutzes der römischen Interdikte. Im Verhältnis zu den Mitinteressenten dagegen stehe dem Einzelnen ein Privatrecht auf den Gemeingebrauch zur Seite, das durch die Interdikte geschützt sei. Für den Gemeingebrauch an den öffentlichen Wegen verneint das Reichsgericht (Bd. 53 S. 384) nach Inkrafttreten des BGB. den privatrechtlichen Charakter.

Es fehlt auch nicht eine dritte Meinung, dahin gehend, daß der Gemeingebrauch keine rechtlich verfolgbaren Ansprüche gewähre. Nach Jellinek (Syst. der subj. öffentl. Rechte, II. Aufl. S. 74) ist der Gemeingebrauch die bloße Reflexwirkung der öffentlichrechtlichen Gebundenheit der Sache. Bring (Lehrb. der Pand. § 128 S. 465) sieht im Gemeingebrauch eine natürliche Befugnis, die vollkommen der Rechtsnatur entbehrt. Nach Crome (Syst. d. deutsch. bürg. Rechts Bd. 1 § 67 S. 302) sind die öffentlichen Sachen objektiv gebunden; es steht jedoch dieser Rechtsbeschränkung kein Recht eines Andern gegenüber.

Die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs verneint auch Biermann (Die öffentl. Sachen § 8 c. S. 44).

β. Rechtliche Konstruktion des Gemeingebrauchs am öffentl. Wasser nach altem bayer. Recht.

Diesen verschiedenen Ansichten über die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs begegnen wir teilweise auch wieder in der Literatur zur bayrischen Wassergesetzgebung. Nach Pözl (II. Aufl. S. 62) gewährt der Gemeingebrauch eine öffentliche Berechtigung. Zwar untersteht die Regelung der Ausübung durch Polizeivorschriften dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden; jedoch der Streit über die Zulässigkeit einer bestimmten Art der Benützung und über die behauptete rechtswidrige Verletzung der Ausübung des Gemeingebrauchs von seiten des Staates sind nach P. Verwaltungsrechtssachen.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Reuß (S. 31) ein.

In den Blättern für administrative Praxis (Bd. 24 S. 43), wird die Ansicht vertreten, daß der Einzelne als Glied der Gesamtheit ein Recht öffentlicher Natur auf die Benützung der dem Gemeingebrauch unterliegenden Sachen habe.

Becher (Bd. 1 S. 1050) nimmt zwar auch ein Recht des Gemeingebrauchs an, erklärt sich aber nicht näher über die Natur dieses Rechts.

Meisner (§ 26 S. 184 ff.) erblickt im Gemeingebrauch eine private Berechtigung, die aber dem Einzelnen nur zustehe, „weil und insofern die Sache vom Staate dem Gemeingebrauch unterstellt ist.“ Der Gemeingebrauchsinteressent sei jedoch dem Staate gegenüber nicht vollkommen machtlos. Infolge der Widmung der öffentlichen Gewässer zur allgemeinen Benützung (WBG. Art. 1) sei der Gemeingebrauchsanspruch als

ein durch die Verfassungsurkunde gewährleistetes Recht anzusehen, das gegen willkürliche Aufhebung und Beschränkung durch die Beschwerde an den Staatsrat nach Maßgabe des § 7 der Verordnung vom 18. November 1825 und die Verfassungsbeschwerde an den Landtag gemäß § 21 Titel VII der Verfassungsurkunde geschützt sei. Gegenüber Störung der Ausübung des Gemeingebrauchs von seiten Dritter gewährt Meisner auch nach Inkrafttreten des BGB. des interdictum ne quid in flumine publico fiat.

Oertmann (§ 95, 2 S. 409) verficht die Ansicht, daß der Gemeingebrauch an den öffentlichen Gewässern privatrechtliche, absolut wirkende Ansprüche gewähre. Dieses Recht sei verfolgbar gegen Staat, Anlieger und dritte, welche den Gemeingebrauch stören. Oertmann gewährt entsprechend der Konstruktion des Gemeingebrauchs als absolut wirkendes Recht im Fall der schuldhaften Verletzung der Ausübung die Klage aus BGB. § 823 und zwar auch gegen den Staat, der durch fehlerhafte Anlagen die Benützung eines öffentlichen Gewässers schädlich beeinflußt hatte. (Vgl. dagegen: Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 3h zu § 823).

γ. Rechtliche Konstruktion des Gemeingebrauchs am öffentlichen Wasser nach neuem bayer. Recht.

Für das neue Recht vertreten Brenner, Eymann und Harster-Cassimir die auch bei Beratung des Wassergesetzes zu Tage getretene Ansicht, daß es kein subjektives Recht des Gemeingebrauchs gibt.

Brenner (Anm. 2d zu Art. 26, S. 99) pflichtet der im Ausschuß der Kammer der Reichsräte abge-

gebenen Erklärung des Staatsministers des Innern bei. (Anhang zum Beil. Bd., Nachsession 1907, S. 141).

Eymann (Vorbem. zu Abt. II. S. 348 ff.) sieht im Gemeingebrauch, wie in den übrigen Wasserbenützungsarten lediglich „einen Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit der Menschen"; nur aus volkswirtschaftlichen oder polizeilichen Gründen werde er in verschiedenen Richtungen eingeschränkt. Dementsprechend steht gegen Entziehung und Störung des Gemeingebrauchs als einer bloßen natürlichen Befugnis weder der Verwaltungsrechtsweg noch der ordentliche Rechtsweg offen. Gegen Entziehung oder Störung von seiten des Staates kann nach Eymann — abgesehen von den Bestimmungen über Beamtenhaftpflicht — nur die gewöhnliche Aufsichtsbeschwerde eingelegt werden. Bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen Ausübern des Gemeingebrauchs vermittelt W G. Art. 27 und im Fall der Beeinträchtigung durch dritte kann ev. gemäß BGB. § 226, § 823 (wohl wegen schuldhafter Verletzung der Freiheit) Abstellung der Störung und Schadensersatz verlangt werden. Unter Umständen liegt auch das Delikt des § 240 RStrGB. vor.

Harster-Cassimir (Anm. 9 zu Art. 26 S. 172 und Anm. zu Art. 27, S. 174 ff.) verneint ebenfalls die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs. Der Verpflichtung zur Duldung des Gemeingebrauchs entspreche kein Recht diese Duldung zu fordern. Es haben also die Ausüber des Gemeingebrauchs weder einen zivilrechtlich noch verwaltungsrechtlich verfolgbaren Anspruch. Im übrigen behandelt Harster-Cassimir die Frage des Schutzes der Gemeingebrauchsinteressenten ähnlich wie Eymann. Wenn aber Harster-Cassimir gegen Störung der Ausübung des Gemeingebrauchs ebenfalls

die Klage aus BGB. § 823, Abs. 1 gewährt (Anm. 3 zu Art. 27), kann dem nicht beigepflichtet werden, da Harster-Cassimir die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs in Abrede stellt.

Auf andere Weise konstruiert Dittmann (Zeitschr. f. RPfl. in Bayern, Jahrg. 1908, S. 35 ff.) den Gemeingebrauch am öffentlichen Wasser. Einerseits stehe der Ausüber des Gemeingebrauchs dem Staat als Eigentümer der öffentlichen Sachen gegenüber, andererseits den Mitinteressenten. Das Verhältnis zum Staat gehöre dem öffentlichen Recht an und gewähre keine subjektive Berechtigung, sondern sei nur Reflex der öffentlich rechtlichen Gebundenheit der Sache. Gegenüber den Mitinteressenten und Dritten besitze der Gemeingebrauch privatrechtliche Natur und sei durch eine modernisierte actio iniuriarum generalis geschützt.

Meines Erachtens ist der Gemeingebrauch am Wasser ein gesetzlich beschränktes, dingliches Recht privater Natur, das in der Persönlichkeit des Einzelnen begründet ist. Für das Wasserbenützungsgesetz konnte die privatrechtliche Natur des Gemeingebrauchs daraus gefolgert werden, daß Art. 18, Abs. 2 den Uferanliegern eine Hinderung des Gemeingebrauchs untersagte. Ferner ließ die Tatsache, daß der Streit über die rechtliche Natur eines Sees von den Gerichten zu entscheiden war, den Schluß zu, daß auch der Streit um den Gemeingebrauch zur Kompetenz der ordentlichen Gerichte gehörte (Oertmann § 953g, S. 409).

Diese beiden Argumente sind im Wassergesetz weggefallen. Ein nicht minder beweiskräftiger Beleg ergibt sich jedoch aus WG. Art. 27, der bestimmt, daß der Gemeingebrauch nur in der Weise ausgeübt werden darf, daß dadurch der Gemeingebrauch anderer

nicht gefährdet oder ausgeschlossen wird. Hiermit ist anerkannt, daß der Einzelne einen Anspruch auf ungestörte Ausübung des Gemeingebrauchs hat. Es wird wohl anzunehmen sein, daß dieser Anspruch irgendwie rechtlich verfolgbar ist. Nachdem Art. 27 in dem Katalog der Verwaltungsrechtssachen (WG. Art. 177) nicht aufgeführt ist, wird den Ausübern des Gemeingebrauchs gegenüber Störungen durch Mitinteressenten zivilrechtlicher Schutz zuzubilligen sein. Daraus läßt sich mit einiger Sicherheit der Schluß ziehen, daß der Gemeingebrauch eine private Berechtigung darstellt.

Am besten wird der Gemeingebrauch als dingliches Recht eigentümlicher Art aufzufassen sein. Die Eigenart dieses Rechtes zeigt sich darin, daß es zur Entstehung keines Rechtsaktes bedarf; es steht vielmehr Jedermann Kraft seiner Persönlichkeit zu und ist untrennbar mit der Person jedes Einzelnen verbunden.

Eine weitere Eigentümlichkeit des Gemeingebrauchsrechts besteht darin, daß dem Staate gegenüber die Rechtsnatur versagt. Es ist dies als eine gesetzliche Beschränkung des Gemeingebrauchsrechts anzusehen. Ebenso wie der Eigentümer einer Sache im öffentlichen Interesse großen Beschränkungen unterliegt, die sogar die Vernichtung der betreffenden Sache im Gefolge haben können, muß auch der Inhaber des Gemeingebrauchsrechts eine Beschränkung seines Rechts durch den Staat dulden. Dem steht nicht entgegen, daß die Gesetzesstellen, welche die Befugnisse des Staates zur Beschränkung des Gemeingebrauchs aussprechen (WBG. Art. 1 u. WG. Art. 26, Abs. 1, S. 2), nicht in der erschwerten Form von Verfassungsgesetzen zustande gekommen sind. Der Gesetzgeber hat näm-

lich die Beschränkung nicht selbst geschaffen, sondern hat lediglich den seit unvordenklichen Zeiten bestehenden Zustand in das Gesetz aufgenommen.

Das Gemeingebrauchsrecht entbehrt nicht in jedem Falle im Verhältnis zum Staat seine Rechtsnatur, sondern bloß dann, wenn der Staat in Übereinstimmung mit dem Gesetze handelt. Würde also der Staat gesetzwidrigerweise die Ausübung des Gemeingebrauchs einzelnen Personen oder einem ganzen Personenkreis generell verbieten, dann bliebe der Gemeingebrauch als verfassungsmäßig garantiertes Recht in Kraft. Allerdings kann der Gemeingebrauchsberechtigte auf Grund seines Rechtes nicht verhindern, daß der Staat die Existenz eines öffentlichen Gewässers vernichtet und so allen Beteiligten die Möglichkeit der Ausübung des Gemeingebrauchs unterbindet. Solange aber das Gewässer besteht, kann der Gemeingebrauch daran nicht ausgeschlossen werden. (Vgl. Seydel Bd. 3, S. 298, Note 7; Meisner S. 185; Dittmann S. 6; Harster-Cassimir Anm. 9, 3 zu Art. 26, S. 173; Oertmann § 93 II 1 c, S. 391 für den Gemeingebrauch an den Wegen).

Eine von der eben erwähnten Frage der Verfolgbarkeit des Gemeingebrauchs verschiedene Frage ist die nach der Entschädigungspflicht des Staates. Macht der Staat von seiner Befugnis Gebrauch, die Ausübung des Gemeingebrauchs zu regeln und zu beschränken, dann ist er selbstverständlich nicht schadensersatzpflichtig. Handelt jedoch der Vertreter des Staates im Widerspruch mit dem Gesetz und schuldhafterweise, dann werden BGB. §§ 823 ff. zur Anwendung kommen. Von diesem Gesichtspunkt aus ist auch die Frage zu entscheiden, inwieweit der Staat ersatzpflichtig ist für den Schaden, der durch fehler-

hafte Anlagen des Staates in oder an einem öffentlichen Gewässer andern zugeht. Beispielsweise es erleidet ein Schiff infolge fehlerhafter Anlage einer Brücke Schaden. (Vgl. Oertmann § 95, 3g, S. 410; Dittmann S. 36.) Man wird wohl in diesem Fall dem Geschädigten, da der Staat gesetzlich verpflichtet ist, die Schiffahrt auf den öffentlichen Flüssen zu dulden und eine Störung in der Ausübung im Widerspruch mit dem Gesetz steht, Ersatzansprüche aus BGB. § 823 zubilligen.

Im Verhältnis zu den Mitinteressenten und Dritten ist der Gemeingebrauch ein Recht, das sich von andern Privatrechten nicht unterscheidet. Gegenüber Mitinteressenten genießt der Gemeingebrauchsberechtigte den Schutz des Art. 27 WG., gegenüber Störungen durch Dritte wird nach Analogie der Grunddienstbarkeiten BGB. § 1004 entsprechend anzuwenden sein.

b) Die verschiedenen Arten der Ausübung des Gemeingebrauchs.

Unter dem Gemeingebrauch im technischen Sinn sind alle die Wasserbenützungsarten zu verstehen, die grundsätzlich Jedermann freistehen. Demzufolge wird man auch die Schiffahrt, Floßfahrt und Trift zum Gemeingebrauch rechnen, obwohl dies im alten oder neuen Gesetz nicht zum Ausdruck kommt. (Oertmann § 95, 3b, S. 406; Dittmann S. 35; Eymann Anm. 1a zu Art. 26, S. 356; a. M. Harster-Cassimir Anm. 5 zu Art. 26, S. 168).

Die verschiedenen Ausübungsarten des eigentlichen Gemeingebrauchs (WBG. Art. 9; WG. Art. 26, Abs. 1) erfahren durch das Wassergesetz insofern eine Bereicherung als im Art. 26 auch das Schwemmen sowie

die Benützung zur Eisbahn hinzugefügt wird. Tatsächlich wurden diese beiden Benützungsarten schon unter der Herrschaft des alten Gesetzes zum Gemeingebrauch gezählt.

Eine Änderung wurde auch insofern herbeigeführt, als der Gebrauch des Wassers durch Schöpfen beschränkt wurde auf das Schöpfen mit Handgefäßen.

Wie im Ausschuß der Kammer der Reichsräte erwähnt wurde, fällt unter den Gemeingebrauch, obwohl nicht in Art. 26 aufgezählt, auch die Zuführung von unschädlichen Flüssigkeiten, wenn sie ohne besondere Anlage erfolgt und die Entnahme von Eis in kleinen Quantitäten.

Die Zuführung von schädlichen Flüssigkeiten, die früher zu den Gemeingebrauchsarten gerechnet wurde (Meisner S. 191; Oertmann § 95. 3 d. S. 406), kann nach neuem Recht mit Rücksicht auf WG. Art. 37 u. 42 nicht mehr dazu gezählt werden. (A. M. Dittmann S. 35, der die Berechtigung zur Immission anscheinend zum uneigentlichen Gemeingebrauch rechnet).

Als Neuerung ist die Bestimmung des Art. 28 anzusehen. Nach Art. 28 kann in Fällen gemeiner Gefahr Wasser aus öffentlichen Gewässern entnommen werden und zwar auch mittels Pumpen und anderer vorübergehend errichteter Anlagen. (Vgl. Verh. d. Aussch. d. Kammer der RR. S. 173).

Das Recht zur Schiff- und Floßfahrt ergibt sich für das WBG. aus Art. 1. Nachdem im WG. die Bestimmung weggefallen ist, daß die öffentlichen Gewässer ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut sind, mußte die allgemeine Berechtigung zur Schiff- und Floßfahrt eigens ausgesprochen werden. Nach dem neuen Gesetz gehört zum eigentlichen Ge-

meingebrauch nur mehr die Schiff- und Floßfahrt auf öffentlichen Flüssen (Art. 29), da die Schiffahrt auf den öffentlichen Seen eine besondere Erlaubnis voraussetzt (Art. 30).

Die Einlegung einer Kette zur Schiffahrt bedarf nach WG. Art. 29, Abs. 3 der Genehmigung der Staatsregierung. Es ist anzunehmen, daß durch die Erteilung der Genehmigung keine materielle Berechtigung gewährt wird, da ohnehin die Einlegung einer Kette als Appendix der Schiffahrt grundsätzlich jedermann freisteht. Die Genehmigung hat vielmehr nur polizeiliche Natur (a. M. Eymann Anm. 14 zu Art. 29, S. 372).

Die Berechtigung zur Trift und die Ausübung derselben auf den öffentlichen Flüssen ist durch das Wassergesetz keiner bemerkenswerten Änderung unterzogen worden. Es blieb im wesentlichen bei den Bestimmungen der Art. 66—72 WBG. (Vgl. WG. Art. 31—36).

Neben den erwähnten Gemeingebrauchsarten gibt es noch solche, die zwar auch grundsätzlich jedermann freistehen, die aber mit Rücksicht auf eine geregelte Ausübung der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde bedürfen. Es sind dies die in WBG. Art. 15 u. WG. Art. 26, Abs. 2 aufgezählten Nutzungen. Diese Erlaubnis unterscheidet sich durch nichts von der Genehmigung nach WG. Art. 29, Abs. 3. Sie ist ebenfalls nur wasserpolizeilicher Natur ohne irgend welche materielle Berechtigung zu gewähren. Der Einzelne ist ja bereits Kraft seines Gemeingebrauchsrechtes zur Ausübung der betreffenden Nutzungen befugt.

Die Aufzählung der von der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde abhängig gemachten Gemeingebrauchsarten ist in WG. Art. 26, Abs. 2 gegenüber WBG.

Art. 15 vervollständigt worden, indem auch die Entnahme von Kies und Eis aufgeführt ist. Letztere Nutzung stand nach altem Recht gemäß einer M.-Entschl. vom 22. Januar 1876 jedermann ohne besondere Erlaubnis zu.

Die Gewinnung von Waschgold, seit dem Inkrafttreten des Berggesetzes nicht mehr Regal, ist jetzt auch zu den beschränkten Gemeingebrauchsarten zu rechnen.

2. Die übrigen Wasserbenützungsrechte mit Ausnahme der Fischereiberechtigung.

a) Im Allgemeinen.

α) Rechtliches.

Eine andere Art von Wasserbenützungsrechten an den öffentlichen Gewässern kommt durch die Erteilung der Erlaubnis seitens der Verwaltungsbehörden zustande. Über die Rechtsnatur der Erlaubnis und des durch die Erlaubnis geschaffenen Wasserbenützungsrechtes existieren im alten Recht keine bemerkenswerten Meinungsverschiedenheiten. Für das WBG. muß die Ansicht Seydels (Bd. 3, § 331, S. 251) als die herrschende bezeichnet werden. Seydel erkennt eine Doppelnatur der staatlichen Erlaubnis an. Durch die Erlaubniserteilung bringe der Staat einerseits zum Ausdruck, daß er gewillt sei, an den in seinem Eigentum stehenden öffentlichen Gewässern private Nutzungsrechte einzuräumen, andererseits, daß im öffentlichen Interesse nichts gegen die Nutzungsgewährung einzuwenden sei. Es ist also nach S. eine privatrechtliche und eine polizeiliche Seite der Erlaubnis zu unterscheiden. (Vgl. Entsch. d. VGH. Bd. 25, S. 131).

Daß die durch die Erlaubniserteilung geschaffenen Berechtigungen privatrechtlicher Natur seien, war von jeher die überwiegende Lehre im alten Recht. Nach Pözl (1. Aufl. S. 103) entsteht durch die Erlaubniserteilung ein Privatrecht und zwar eine den Gewerbeprivilegien ähnliche Berechtigung, dem schließt sich Oertmann (§ 95 3 e β, S. 408) an.

Meisner (S. 198) sieht in dem durch die Erlaubniserteilung geschaffenen Zustand das Wiederaufleben des Gemeingebrauchs. Da der Gemeingebrauch nach M. ein Privatrecht ist, so ist es auch das durch die Erlaubniserteilung geschaffene Wasserbenützungsrecht.

Reuß und der Verwaltungsgerichtshof (in der Entscheidung Bd. 8. S. 218) vertreten ebenfalls die Ansicht, daß die Erlaubnis eine private Berechtigung gewähre.

Pözl (2. Aufl. S. 72) dagegen sieht in dem durch die Erlaubniserteilung geschaffenen Recht eine dem öffentlichen Recht angehörende Berechtigung.

Im neuen Recht ist eine große Unklarheit eingetreten. Abgesehen davon, daß die rechtliche Natur der Erlaubnis bestritten ist, wird teilweise überhaupt in Abrede gestellt, daß die auf widerrufliche Erlaubniserteilung sich gründenden Wasserbenützungsarten eine subjektive Berechtigung gewähren.

Unbestimmt drückte sich der Staatsminister der Justiz im Ausschuß der Kammer der Reichsräte aus (Beil. Bd. 1 Nachsession 1907, S. 197). Der Staatsminister erklärte, daß durch den öffentlichen Akt der Erlaubniserteilung ein Privatrecht nicht geschaffen werde. Ein solches könne möglicherweise in Betracht kommen, wenn der Staat mit dem Unternehmer einen Vertrag abschließe.

Dem schließt sich Brenner (Anm. 2 zu Art 42, S. 144) an. Aber das auf Grund unwiderruflicher Erlaubnis eingeräumte Recht zur Anlage von Mühlen an öffentlichen Flüssen ist nach Brenner (Anm. 18 zu Art. 43, S. 150) als Ausfluß des landesherrlichen Mühlenregals ein Privatrecht und zwar ein dingliches Recht auf Benützung der aus dem öffentlichen Fluß der Mühle zugehenden Wasserkräfte.

Nach Eymann (Anm. 1b zu Art. 42) steht die Wasserbenützung grundsätzlich jedermann frei. Aus Gründen des Gemeinwohls jedoch sehe sich der Staat genötigt, Beschränkungen eintreten zu lassen. Durch die Erlaubniserteilung fallen diese Schranken weg und es lebt die natürliche Handlungsfreiheit der Menschen wieder auf. Der Zustand der natürlichen Handlungsfreiheit gewährt dem einzelnen noch kein Recht; ein solches entsteht nach Eymann erst, wenn der Staat die Erlaubnis unwiderruflich erteilt. Da aber nach WG. Art. 43 Abs. 1 die widerrufliche Erlaubniserteilung die Regel bildet und auch bestehende, auf unwiderrufliche Erlaubnis sich gründende Anlagen gemäß Art. 63 in Verbindung mit Art. 42 und Art. 43 Abs. 1 in widerrufliche umgewandelt werden können, werden nach Eymann's Theorie in absehbarer Zeit die Berechtigungen zur Wasserbenützung auf ein Minimum reduziert sein. Die Wasserbenützungsrechte sind nach Eymann öffentlichrechtlicher Natur, da zwar nicht Art. 42, wohl aber Art. 63, der von den Erlöschen der Erlaubnis handelt, im Art. 177, dem Verzeichnis der Verwaltungsrechtssachen, aufgeführt ist. Die Ansicht Eymann's ist treffend widerlegt bei Harster-Cassimir (Anm. 5a zu Art. 42, S. 274 und Anm. 5 zu Art. 63, S. 386).

Dittmann (S. 6ff.) und Harster-Cassimir (Anm. 2 zu Art. 42, S. 270) stehen auf dem bereits im alten Recht vertretenen Standpunkt, daß die Erlaubnis eine privatrechtliche und eine öffentlichrechtliche Seite in sich schließe und dementsprechend auch private Nutzungsrechte erzeugt werden. Allerdings werden nach Dittmann die Nutzungsrechte durch den öffentlichrechtlichen Akt der polizeilichen Genehmigung ins Leben gerufen. Das auf diese Weise entstandene Recht ist ein dingliches und nach Dittmann a. a. O. für den Fall der unwiderruflich erteilten Erlaubnis als Servitut im römisch-rechtlichen Sinn, Grunddienstbarkeit, persönliche Dienstbarkeit oder ein dem Erbbaurecht analoges Recht zu konstruieren, im andern Fall liegt eine prekaristische Bewilligung vor, die ebenfalls privatrechtlichen Schutz genießt.

Nach Obermeyer (Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, S. 260) gewährt die Erlaubnis gleichfalls private Nutzungsrechte, die als Grunddienstbarkeiten zu konstruieren sind.

Meines Erachtens stehen der für das alte Recht nicht in Abrede zu stellenden Annahme, daß durch die Erlaubniserteilung ein Privatrecht geschaffen werde, im WG. nicht unerhebliche Bedenken gegenüber. In den Fällen nämlich, wo es sich um die Erteilung einer Erlaubnis handelt (WG. Art. 19, 20, 26 Abs. 2, 30 und 37), ist darin ein polizeilicher Akt zu erblicken, der keine materiellen Berechtigungen gewährt. Daß aber die Erlaubnis nach Art. 42 in einem andern Sinn zu verstehen ist als in den erwähnten Fällen, ergibt sich einerseits aus den Motiven, andrerseits aus § 98 Abs. 4 der Vollzugsbekanntmachung in Verbindung mit WG. Art. 37. Die Motive (Beil. Bd. 1, Beil. 9

S. 559) beleuchten das Verhältnis der Erlaubnis nach Art. 42 zur Genehmigung nach Art. 50 näher und führen aus, daß durch die Erlaubnis der Befugnis zur Benützung des Staatsgutes erteilt werde, während die Genehmigung nach Art. 50 nur polizeilicher Natur sei.

In § 98 Abs. 4 der Vollzugsbekanntmachung wird ausgesprochen, daß es zur Zuführung von schädlichen Flüssigkeiten in öffentliche Gewässer neben der Erlaubnis nach WG. Art. 37 noch der Erlaubnis nach Art. 42 bedürfe. Die Erlaubnis nach Art. 37 kann aber nur wasserpolizeilicher Natur sein, da auch Immissionen in Privatflüsse und Bäche dieser Erlaubnis unterliegen. Daraus ergibt sich, daß die nach Art. 42 erforderliche Erlaubnis, die nur auf öffentliche Flüsse Bezug hat, grundverschieden ist von der Erlaubnis nach Art. 37. Während letztere die Frage nach der materiellen Berechtigung nicht berührt, gibt erstere die Befugnis zur Wasserbenützung.

Wenn nun der Staat an seinem Eigentum einem Dritten Nutzungsbefugnisse einräumt, wird dies nicht anders zu beurteilen sein als wenn der Eigentümer einer andern Sache zugunsten eines Dritten sich Beschränkungen auferlegt. Der Dritte erwirbt in jedem Fall ein Recht auf die eingeräumte Befugnis und zwar eine private Berechtigung dinglicher Natur (vgl. die Polemik von Harster-Cassimir (Anm. 2, 3 zu Art. 42 S. 272) gegen die Ausführungen des Staatsministers der Justiz, der die privatrechtliche Natur der durch die Erlaubniserteilung geschaffenen Befugnisse in Abrede stellt; Harster-Cassimir beipflichtend: Obermeyer (Zeitschr. f. RPfl. in Bayern Jahrgang 1908, S. 260).

Die Wasserbenützungsrechte werden am besten als Dienstbarkeiten zu konstruieren sein für den Fall,

daß die Erlaubnis unwiderruflich oder auf bestimmte Zeit erteilt wurde, im andern Fall als eine mit Privatrechtsschutz gegen Dritte ausgestattete prekaristische Bewilligung (vgl. Obermeyer a. a. O. und die dort zitierten Entscheidungen: Dittmann S. 6; Harster-Cassimir Anm. 7 zu Art. 43, S. 286).

β) Die verschiedenen Arten der Wasserbenützung im allgemeinen.

Die der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde unterliegenden Wasserbenützungsarten sind in WBG. Art. 10 Abs. 2 aufgezählt. Es ist dies die Errichtung oder Abänderung (Art. 11) von Triebwerken, Wasserleitungen, Abzugsgräben, Schöpfwerke, Bade- oder Waschhäuser an öffentlichen Flüssen.

Im WG. wird diese Bestimmung insofern erweitert als alle Benützungsarten der öffentlichen Flüsse, die sich nicht als Gemeingebrauch darstellen oder die einer besondern Anlage bedürfen, wie die Errichtung von Triebwerken ohne gespannte Wasserkraft, Wasser-Aus- und Einleitungen, Schöpfwerken, Bade- oder Waschhäuser u. dergl. und die Abänderung solcher Anlagen der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde bedürfen (Art. 42). Erlaubnispflichtig ist auch die Errichtung von Stauanlagen und Triebwerken mit gespannter Wasserkraft (Art. 51 Ziff. 1) und die Schifffahrt auf den öffentlichen Seen (vgl. Art. 30 in Verb. mit Vollzugsbekanntmachung §§ 69 und 70).

Erwähnt sei noch, daß nach neuem Recht für Zwecke der Wasserbenützung öffentliche Wassergenossenschaften und zwar entweder freiwillige oder solche mit Beitrittszwang gebildet werden können (WG. Art. 100 Ziff. 1 und Art. 111 in Verb. mit Art. 112

Abs. 3). Das Gesetz regelt in den Art. 110ff. eingehend das Genossenschaftswesen.

Nach altem Recht waren die Be- und Entwässerungsgenossenschaften die einzigen Genossenschaften für Zwecke der Wasserbenützung (Be- und Entwäss.-Ges. Art. 2ff.).

b) Inbesonders die Immissionen.

Wenn auch das WBG. die Zuführung von schädlichen Flüssigkeiten in öffentliche Gewässer nicht ausdrücklich geregelt hat und bei dem damaligen Stand der Industrie war es auch nicht notwendig — so hatte doch der Staat in den Bestimmungen der Art. 1 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 eine Handhabe gegen Verunreinigung der öffentlichen Gewässer. Abgesehen davon hatte der Eigentümer eines Ufergrundstückes oder der an einem solchen dinglich Berechtigte gegen Schädigungen seines Grundstückes durch Zuführung von schädlichen Flüssigkeiten in das Gewässer die Klage aus BGB. § 903ff.

Der Staat als Eigentümer des Flusses bedurfte nicht dieses Rechtsschutzes, da ihm die in Art. 1 erwähnten Machtbefugnisse zur Seite standen.

War die Anlage, durch deren Betrieb die schädigende Zuführung entstanden war, von der Verwaltungsbehörde genehmigt worden, dann konnte der Geschädigte nicht mehr Unterlassung der Zuführung verlangen, sondern war auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränkt. Es läßt sich dies entweder aus der analogen Anwendung des Art. 58 auf öffentliche Gewässer oder aus den dem Staate an den öffentlichen Gewässern zustehenden Machtbefugnissen ableiten (Meisner a. a. O.). Die Schadensersatzansprüche gründeten sich auf das Veranlassungsprinzip, mit der

Einschränkung, daß der Schaden vorausseh bar sein mußte (Oertmann § 93 3d S. 407 und § 96 b*a* S. 416).

In WG. Art. 37 bis 41 wird die Zuführung von Flüssigkeiten in öffentliche Gewässer einer eingehenden Regelung unterzogen. Die wichtigste Neuerung bringt Art. 37, der bestimmt, daß die Zuführung von schädlichen Flüssigkeiten in öffentliche Gewässer, auch wenn sie ohne Errichtung einer besonderen Anlage erfolgt, an die Erlaubnis der Verwaltungsbehörde gebunden ist. Wie bereits erwähnt, ist diese Erlaubnis rein polizeilicher Natur. Zur materiellen Berechtigung bedarf es noch der Erlaubnis nach Art. 42. Als Folge der Abhängigkeit der Immissionen von der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde ist es anzusehen, daß die Befugnis zur Immission, die früher allgemein zu den Gemeingebrauchsarten gerechnet wurde, jetzt als Sonderrecht zu betrachten ist.

Aus der Notwendigkeit der zweifachen Erlaubnis können sich Komplikationen ergeben. Man setze den Fall, daß die Erlaubnis nach Art. 42 unwiderruflich oder auf bestimmte Zeit erteilt worden ist und die wasserpolizeiliche Erlaubnis nach Art. 37 wird zurückgenommen. Es hätte dann der Unternehmer der Zuführung ein Recht am Wasser, das aber infolge Widerrufs der wasserpolizeilichen Erlaubnis illusorisch wäre. In diesem Fall wird man den Unternehmer im Hinblick auf Art. 43, Abs. 3 eine Entschädigung für die Aufgabe seines Rechtes zuerkennen müssen.

Ebenso verhält es sich, wenn dem Besitzer einer am 1. Januar 1908 bereits bestehenden Anlage aus Gründen des Gemeinwohls die weitere, auf behördliche Erlaubnis der Anlage begründete Zuführung von Flüssigkeiten untersagt wird (WG. Art. 40, Abs. 1).

Obwohl in der Begründung (S. 556) und im Ausschuß der Kammer der Reichsräte (S. 183) entgegen einer Anregung des Korreferenten die Gewährung einer Entschädigung abgewiesen worden ist, wird man doch im Hinblick auf die Natur des durch die Erlaubniserteilung geschaffenen Rechtes den Anspruch auf Entschädigung für begründet erachten. (Ebenso de lege ferenda: Obermeyer in Zeitschr. f. RPfl. in Bayern Jahrg. 1907, S. 95).

Neu geregelt ist auch die Schadensersatzpflicht des von der Erlaubnis Gebrauch machenden Immittenten gegenüber Dritten, denen ein Recht am Wasser zusteht und die durch die Immission geschädigt wurden (Art. 37, Abs. 5). Die Ersatzansprüche beurteilen sich nach dem Veranlassungsprinzip (Harster-Cassimir Anm. 7 zu Art. 37, S. 234; Eymann, Anm. 17 zu Art. 37, S. 406; Obermeyer, Zeitschr. f. RPfl. i. Bay., Jahrg. 1907, S. 95).

Dittmann (S. 61) fordert als Voraussetzung der Entstehung von Schadensersatzansprüchen, daß dem Geschädigten die Negatorienklage zustünde, wenn die Erlaubnis nicht erteilt worden wäre. Wann die Klage begründet sei, müsse in Ermanglung anderweitiger Vorschriften nach WG. Art. 27 und der entsprechenden Anwendung von BGB. § 906 beurteilt werden. Diese Ansicht Dittmanns hat für sich, daß sie dem Rechtsgefühl gewiß mehr entspricht als die herrschende Lehre. Es würden dadurch wohl eine Anzahl schikanöser Prozesse hintangehalten werden. Ob jedoch die Interpretation D.s mit dem Wortlaut des Gesetzes sich in Einklang bringen läßt, dürfte zu bezweifeln sein.

c) Insbesondere die Stauanlagen.

In der Wassergesetzgebung von 1852 wird die Errichtung von Stauanlagen an den öffentlichen Flüssen grundsätzlich ebenso behandelt wie die übrigen Vorrichtungen zur Wasserbenützung. Es bedurfte dazu der nämlichen Erlaubnis nach Art. 10 (Entsch. d. Oberst. Ger.-Hof in Strafsachen, Bd. 8, S. 196). Entsprechend der großen Bedeutung jedoch, welche der Errichtung von Stauanlagen beizulegen ist, ist im WBG. ein eigener Abschnitt (Art. 73—85) dem Verfahren gewidmet, welches bei Errichtung von Triebwerken mit gespannter Wasserkraft und von Stauanlagen an einem öffentlichen Fluß, an dem sich bereits Triebwerke befanden, beobachtet werden mußte.

Ferner war die Vornahme einer Abänderung an bestehenden Vorrichtungen und Werken solcher Art, welche auf den Wasserverbrauch oder die Höhe des Oberwassers Einfluß hatte, demselben Verfahren unterworfen (WBG. Art. 73, Abs. 1).

Genehmigungspflichtig war auch die Vornahme einer Abänderung oder Auswechselung von Hauptteilen an dem Wasserbau bestehender Triebwerke und Stauvorrichtungen (WBG. Art. 82).

Von diesen Vorschriften blieben die Bestimmungen der RGO. über die Genehmigungspflicht der Errichtung von Stauanlagen für Wassertriebwerke selbstverständlich unberührt. Es bedurfte vielmehr zur Aufrechterhaltuug der landesgesetzlichen Bestimmungen der Art. 73 ff. des in RGO. § 23, Abs. 1 gemachten Vorbehalts.

Im WG. ist in der rechtlichen Behandlung der Errichtung von Stauanlagen und Triebwerken mit gespannter Wasserkraft eine grundsätzliche Änderung

eingetreten. Es wird im Gegensatz zum WBG. scharf unterschieden zwischen der Erlaubnis und der Genehmigung. Während in der Erlaubnis nach WBG. bereits die öffentlichen Interessen berücksichtigt waren, geschieht dies nach WG. bei den Anlagen genannter Art in einem besondern Akt, nämlich durch die Erteilung der Genehmigung nach Art. 50. Die Genehmigung ist ein öffentlicher Akt wasserpolizeilicher Natur, der auch unter Umständen die Genehmigung nach RGO. § 16 und § 6ff. der Bauordnung in sich schließt.

Die Ansicht des Staatsministers des Innern (Verh. d. Aussch. d. Kammer d. RR. Anh. zum Beil. B. Nachsess. 1907, S. 198), wonach die Erlaubnis nach Art. 42 die Bewilligung zur Wasserbenützung seitens des Eigentümers des Wassers sowie die wasserpolizeiliche Genehmigung enthält, während die Genehmigung nach Art. 50 die gewerbepolizeiliche Genehmigung zur Errichtung oder Abänderung der Stau- und Triebwerksanlagen bedeutet, wird abzuweisen sein (Harster-Cassimir, Anm. 1 zu Art. 51, S. 331; Eymann, Vorb. II. zu Art. 50, S. 482).

Eine von den Bestimmungen des alten Rechts sich unterscheidende Behandlung erfahren im WG. die nicht gewerblichen Stauanlagen, insoferne als auf sie die Vorschriften der RGO. über gewerbliche Stauanlagen entsprechende Anwendung finden (WG. Art. 50, 51, 56, 61 und 178).

Eine Neuerung gegenüber dem bisherigen Zustand bringt WG. Art. 5, der den Triebwerksbesitzern und dessen Hilfspersonal ein Uferbetretungsrecht einräumt.

Ferner kann der Triebwerksbesitzer, wie überhaupt jeder Unternehmer einer Wasserbenützungs-

anlage aus Gründen des Gemeinwohls angehalten werden, die nicht mehr benützte Anlage auf seine Kosten zu beseitigen (WG. Art. 60).

Schließlich bestimmt WG. Art. 196, daß die Stauanlagen und Triebwerke mit gespannter Wasserkraft in ein von der Distriktsverwaltungsbehörde anzulegendes Wasserbuch einzutragen sind.

3. Die Fischereiberechtigung.

a. Allgemeines.

Zu den Rechten am Wasser ist auch die Fischereiberechtigung zu zählen. Der Referent der Kammer der Abgeordneten, Freiherr v. Malsen, vertrat zwar in seinem Referate über den Entwurf eines Fischereigesetzes die Ansicht, daß das Fischereirecht kein eigentliches Recht am Wasser, sondern ein im Wasser auszuübendes Recht an den Fischen und den andern, dem Fischereirecht unterliegenden Tieren sei. Angesichts der großen Einwirkung auf das Gewässer jedoch, die mit der Ausübung des Fischereirechts notwendigerweise verbunden ist, wird man die Fischereiberechtigung als ein Recht am Wasser bezeichnen können.

Das Fischereirecht hat durch das Fischereigesetz vom 15. August 1908, in Kraft getreten am 1. April 1909, eine grundlegende Änderung erfahren. Vor dem Inkrafttreten desselben war das Fischereirecht nur bezüglich gewisser dem öffentlichen Recht angehörender Fragen, der sog. Fischereipolizei, einheitlich geregelt. In betracht kommen hauptsächlich PStrGB. Art. 126 und die Landesfischereiordnung vom 4. Oktober 1884. Die materiellrechtliche Frage des Fischereirechts hatte nur mittelbar in gewissen Punkten eine

einheitliche Regelung, namentlich im Zusammenhang mit dem Wasserbenützungsgesetz, gefunden. Im übrigen waren durchwegs die einzelnen Partikularrechte maßgebend, wobei von einer einheitlichen und erschöpfenden Regelung keine Rede war. Es würde über den Rahmen vorliegender Arbeit hinausgehen, eine Darstellung der verschiedenen partikularrechtlichen Bestimmungen in bezug auf die Fischereiberechtigungen zu geben. Es sollen im Folgenden nur die hauptsächlichsten Veränderungen auf dem Gebiete des Fischereiwesens, welche das Fischereigesetz und in einigen Punkten auch das Wassergesetz gegenüber dem bisherigen Zustand gebracht haben, einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

b) Regelung durch das Fischereigesetz.

a. Rechtliches.

In den öffentlichen Gewässern — und nur von diesen soll hier die Rede sein — steht das Fischereirecht grundsätzlich dem Staat als dem Gewässereigentümer zu und hat als Ausfluß des Eigentums keine selbständige rechtliche Natur. Das Recht des Staates wurde früher durch den Regalcharakter der Fischereiberechtigung an den öffentlichen Gewässern erklärt. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch in der neuern Zeit in den Hintergrund getreten.

Vielfach hatte der Staat sein Recht an Dritte veräußert oder es wurde von Dritten durch Verjährung erworben. In diesem Fall mußte die Fischereiberechtigung als selbständiges Recht behandelt werden.

In der Zeit vor Inkrafttreten des Fischereigesetzes wurden die Fischereirechte teils als Servituten im

römischrechtlichen Sinn, teils als Realrechte, teils als dingliche Aneignungsrechte oder als sog. Nutzungsrechte an einer fremden Sache konstruiert (Bericht des Ref. an den Aussch. d. K. d. RR., Beil. Bd. II, Sess. 1907/08, S. 247).

Auf letzterem Standpunkt steht auch das Fischereigesetz, das die Fischereiberechtigung als ein mit Grundstücksnatur ausgestattetes Nutzungsrecht am Wasser auffaßt (FG. Art. 9). Alle Vorschriften des BGB. über Grundstücke kommen analog auf die selbständigen Fischereirechte zur Anwendung. So können mit dem Fischereirechte wie mit einem Grundstück subjektiv-dingliche Rechte, insbesondere Grunddienstbarkeiten und Vorkaufsrechte verbunden werden. Das Fischereirecht kann ferner ebenso wie ein Grundstück mit Nießbrauch und Hypotheken belastet werden.

Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus demselben geltenden Vorschriften finden nach FG. Art. 9 Abs. 2 auf die selbständigen Fischereirechte entsprechende Anwendung. FG. Art. 10 erlaubt die Bestellung auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (subjekt. dingliche Fischereirechte) oder zugunsten einer bestimmten Person.

Die grundbuchrechtliche Behandlung der selbständigen Fischereirechte erfolgt in FG. Art. 14. Für die selbständigen Fischereirechte konnte schon nach Hypothekengesetz (§ 3, § 130) selbständige Blätter im Hypothekenbuch angelegt werden.

Nach Fischereigesetz erhalten die selbständigen Fischereirechte ein Grundbuchblatt nur auf Antrag

oder wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll.

Eine wichtige Neuerung gegenüber dem bisherigen Zustand bringt FG. Art. 16. Es wird der Ausüber eines in das Grundbuch eingetragenen Fischereirechts nach Art. 16 possessorisch geschützt, wenn das Recht innerhalb des letzten Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt wurde. Ist das Fischereirecht nicht im Grundbuch eingetragen, dann wird der Besitzschutz nur gewährt, wenn das Fischereirecht in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist. Nachdem ganz allgemein durch Art. 16 der Ausüber eines Fischereirechts geschützt wird, ist darunter auch der Pächter eines solchen und derjenige, der für den Berechtigten die Fischerei ausübt, zu verstehen.

Bis zum Inkrafttreten des Fischereigesetzes konnte der Pächter eines Fischereirechts keine possessorischen Ansprüche geltend machen. (Oertmann, § 92, II 3 b *a*, S. 383).

β. Beschränkung der Fischereirechte.

Um den zu Tage getretenen Mißständen abzuhelfen, geht die Tendenz des Fischereigesetzes dahin, die Anzahl der Ausüber der Fischerei möglichst einzuschränken. Zu diesem Zweck bestimmt Art. 7, daß die Fischereiberechtigung, welche bis zur Zeit des Inkrafttreten des Gesetzes von den Einwohnern oder von Angehörigen einer Gemeinde oder Ortschaft als solchen ausgeübt worden ist, zur Ausübung auf die Gemeinde oder Ortschaft übergeht. Die Berechtigung verbleibt also dem erwähnten Personenkreis, sie können die Fischerei aber nicht mehr selbst ausüben. Ebenso

wurde nach Abs. 2 des Art. 7 das freie Fischfangrecht an den öffentlichen Gewässern aufgehoben und das Fischereirecht dem Staate zugesprochen.

Gänzlich aufgehoben wurde durch Art. 8 die freie Angelfischerei in der Pfalz.

Durch die Bestimmungen über Koppelfischerei (FG. Art. 24 ff.) soll ebenfalls die Anzahl der die Fischerei Ausübenden eingeschränkt werden. Koppelfischerei liegt vor, wenn an derselben Gewässerstrecke mehrere Fischereirechte bestehen oder wenn an derselben Gewässerstrecke mehrere Personen ein Fischereirecht zusteht. (FG.-Art.) Es bestimmt nun Art. 25, daß Koppelfischereirechte und Anteilsrechte an solchen nicht mehr neu begründet werden können. Wenn ferner ein Fischereiberechtigter ein von einem Grundstück unabhängiges Koppelfischereirecht verkauft, dann sind die übrigen Mitfischereiberechtigten und nach diesen die auf der gleichen Wasserstrecke sonst Fischereiberechtigten zum Verkauf berechtigt. (Art. 26, Abs. 1).

Des weitern wird die Zahl der die Fischerei Ausübenden durch die Bestimmungen über Pachtverträge und Erlaubnisscheine eingeschränkt (FG. Art. 31 ff.). Fischereipachtverträge können nämlich höchstens mit drei Personen als Pächtern abgeschlossen werden (Art. 31, Abs. 1), während früher eine unbeschränkte Anzahl von Pächtern zugelassen war. Die Verpachtung von Koppelfischereien oder von Anteilsrechten an solchen darf nicht an eine Anzahl von Pächtern erfolgen, welche die Zahl der Verpächter übersteigt. Wird die Fischerei an eine juristische Person verpachtet, dann muß in den Pachtbedingungen vorgesehen werden, daß die Fischerei nicht von mehr als drei Personen ausgeübt werden darf. (Art. 31, Abs. 1). Es darf ferner

weder die Verpachtung auf das Recht zum Fangen gewisser Fischarten beschränkt (Art. 31, Abs. 4) noch das Fischwasser zum Zweck der Verpachtung in einzelne Teile geteilt werden. (Art. 31, Abs. 5).

Eine Unterart der Verpachtung ist in der Ausstellung von Erlaubnisscheinen von Seiten der Fischereiberechtigten etc. zu erblicken. Es waren dafür dieselben Gesichtspunkte maßgebend wie für die Regelung der Verpachtung eines Fischereirechtes. Die Ausstellung von Erlaubnisscheinen ist an die Genehmigung der Verwaltungsbehörde gebunden, die die Genehmigung nur erteilen darf, wenn sich daraus Nachteile für das Fischwasser nicht ergeben. Der Verwaltungsbehörde steht die Befugnis zu, die Höchstzahl und den Inhalt der Erlaubnisscheine festzusetzen. (Art. 35, Abs. 1).

Einer rationellen Bewirtschaftung eines Fischwassers steht auch eine zu geringe räumliche Ausdehnung entgegen. Es wird deshalb zur selbständigen Ausübung eines Fischereirechts erfordert, daß die Berechtigung eine genügend große Gewässerstrecke umfassen muß. (Selbständiger Fischereibetrieb; Art. 18, Abs. 1). Ist das nicht der Fall, dann werden die mehreren, den Voraussetzungen des Gesetzes nicht entsprechenden Fischereirechte zu einem gemeinschaftlichen Fischereibetrieb vereinigt (Art. 19). Die Fischerei in einem gemeinschaftlichen Fischereibetrieb wird, wenn mehr als zwei Personen vorhanden sind, durch besonders aufgestellte Fischer, durch Verpachtung auf gemeinsame Rechnung oder auf genossenschaftlichem Weg nach F G. Art. 37 bis 63 ausgeübt (Art. 20). Kommt eine solche Regelung der Ausübung nicht zustande, dann werden die Beteiligten durch die Kreisregierung zu einer Zwangsgenossenschaft vereinigt oder es wird

die Ausübung der Fischerei an die Gemeinde übertragen (Art. 21).

γ. Vereinigungen für Zwecke der Fischerei.

Das Fischereigesetz kennt verschiedene Arten der Vereinigung von Fischereiberechtigten. Bereits erwähnt wurde die Vereinigung von Fischereiberechtigten zu einem gemeinschaftlichen Fischereibetrieb.

Ferner können Koppelfischereiberechtigte durch Erlassung einer Fischereiordnung zu einer Vereinigung verbunden werden (Art. 28).

Als wichtigste Art der Vereinigung von Fischereiberechtigten sind die öffentlichen Fischereigenossenschaften anzusehen. Die Fischereigenossenschaften sind teils freiwilligen Genossenschaften, teils Zwangsgenossenschaften. (Art. 38, Ziff. 1 und 2). Sie sind juristische Persönlichkeiten des öffentlichen Rechts, die als Organe Vorstand und Genossenschaftsversammlungen besitzen. Die Genossenschaftssatzung regelt die Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen untereinander (Art. 44). Im übrigen enthält das Gesetz detaillierte Bestimmungen über die Entstehung und Auflösung der Genossenschaft, Haftung des Vorstands u. s. w.

Des weitern können noch Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften zur Verwertung der Fischereiprodukte und nach B G B. Vereine für Zwecke der Fischerei gegründet werden. Die Möglichkeit der Bildung dieser Vereinigungen war aber bereits vor Inkrafttreten des Fischereigesetzes gegeben.

δ. Schutz der Fischerei gegen Schädigungen.

Zum Schutz der Fischerei gegen Schädigungen dienen die allgemeinen Schutzvorschriften der Art. 72

bis 79, die teilweise bereits im Polizeistrafgesetzbuch enthalten waren.

Ferner können besonders geeignete Strecken eines nicht geschlossenen Gewässers (FG. Art 2) zu Laichschonstätten und zu Winterlager der Fische erklärt werden. (FG. Art. 80 und 84).

Neu ist auch die Bestimmung, daß der Fischereiberechtigte gewisse dem Fischbestand schädliche Tiere ohne Anwendung von Schußwaffen erlegen darf. (Art. 85).

Ferner ist nach Art. 86 den Fischereiberechtigten, Fischereigenossenschaften und Gemeinden die Möglichkeit gegeben, Fischereiaufseher aufzustellen, die, wenn sie eidlich verpflichtet wurden, innerhalb ihres Wirkungskreises den öffentlichen Bediensteten gleich zu achten sind.

Gemäß Art. 87 können die von einem Fischereifrevler gebrauchten Fischereigeräte und Transportmittel gepfändet werden.

ε. Anderweitige fischereirechtliche Bestimmungen.

Eine Neuerung gegenüber dem früheren Zustand bringen die Art. 64ff., welche die Verpflichtung jedes Fischers zur Lösung einer Fischerkarte aussprechen.

Ferner müssen die ohne Beisein des Fischers zum Fischfang in nicht geschlossenen Gewässern ausliegenden Fischerzeuge mit einem Kennzeichen versehen sein. (Art. 69.)

Schließlich statuiert Art. 70 ein Uferbetretungsrecht des Fischereiberechtigten.

(Vgl. im übrigen meinen Artikel in Bay. Gem. Z. Jahrgang 1909, Nr. 12—15).

c) nach Wassergesetz.

Im Zusammenhang mit dem Wassergesetz wurden bereits einige Punkte des Fischereirechts geregelt. So können bei Verteilung von Verlandungen die Fischereiberechtigten berücksichtigt werden (WG. Art. 11) und bei Ersatz des durch die Trift angerichteten Schadens gehören zu den Schadensersatzberechtigten auch die Fischereiberechtigten (W G. Art. 35).

Die wichtigste Bestimmung enthält W G. Art. 109, der die Anhörung der Fischereiberechtigten vor Erteilung der Erlaubnis oder Genehmigung zu Wasserbenützungsanlagen, Immissionen und der Ausführung von Regulierungsbauten vorschreibt. Bei Erteilung der Erlaubnis oder Genehmigung sollen die Interessen der Fischereiberechtigten möglichst berücksichtigt werden.

Wird durch die Wasserbenützungsanlage, die Immission oder den Regulierungsbau das Fischereirecht beeinträchtigt, dann ist der Unternehmer schadensersatzpflichtig. (W G. Art. 109, Abs. 2).

Hiermit sind die wichtigsten Bestimmungen des neuen bayerischen Rechts über die Berechtigungen am öffentlichen Wasser im wesentlichen erschöpft. Wie aus Vorliegendem zu ersehen ist, hat sowohl das Wassergesetz als namentlich das Fischereigesetz nicht unbedeutend in die Privatrechtssphäre des Einzelnen eingegriffen. Diese Hintansetzung der Rechte des Einzelnen erklärt sich aus Rücksichten auf das Gemeinwohl und war notwendig zum Zustandekommen eines fortschrittlichen Gesetzes.